Aus aktuellem Anlaß:
Eine grundsätzliche Anmerkung zur „Verhältnismäßigkeit“

Gliederung:

Vor gut einer Woche (in einem Radiogespräch beim Freien Senderkominat (FSK) Hamburg) und am Sonntag (in einem Blog-Artikel aus Anlaß der online-Stellung des Mitschnitts der Sendung) bezog ich mich auf folgende Passage im *Tagesspiegel* vom 18.10.2020, 18:13 Uhr:

„Buermeyer ist einer der Gründer der Gesellschaft für Freiheitsrechte (GFF) […]. Buermeyer sagt, die Politik habe wesentlichen Einfluss darauf, dass die Menschen Vorschriften akzeptieren. Zwei Faktoren seien dabei entscheidend: ‚Zum einen müssen Anti-Corona-Maßnahmen verhältnismäßig sein, also insbesondere auf einer wissenschaftlichen Grundlage beruhen, zum anderen müssen sie plausibel begründet und kommuniziert werden.‘ Bei den meisten Maßnahmen der vergangenen Monate sei dies der Fall gewesen. ‚Fehler wie etwa das Totalverbot von Demonstrationen im Frühjahr wurden schnell korrigiert.‘“ (*Tagesspiegel* vom 18.10.2020, 18:13 Uhr)

Während ich dem letzten Satz im Zitat *zustimme*, ist die Sache mit der ‚Verhältnismäßigkeit' *komplizierter*.

In der Sache sehe ich die Angelegenheit vermutlich gar nicht groß anders – allerdings würde ich meinerseits formulieren: „Die allermeisten Maßnahmen der vergangenen Monate waren *legal* und *politisch sinnvoll* (aber insb. von Mitte Oktober bis Mitte Dezember <u>un</u>zureichend [s. zu letztem unten FN 8])."

- „Verhältnismäßig" ist dagegen ein bloßer Unterfall *entweder* von „legal" *oder aber* von „politisch sinnvoll". Die Verhältnismäßigkeit demgegenüber zu *verselbständigen* oder in den *Vordergrund* zu rücken, deutet dagegen darauf hin, daß
    - die ‚Verhältnismäßigkeit' in der Praxis häufig zwischen „legal" und „politisch sinnvoll"
      sowie
    - die ‚Unverhältnismäßigkeit' häufig zwischen „illegal" und „politisch nicht sinnvoll"

  hin- und herchangiert – also weder dem Einen noch dem Anderen eindeutig zugeordnet wird und der Unterschied zwischen Rechtsanwendung und Rechtsetzung *verwischt* wird.

- Die Wissenschaftlichkeit würde ich auch nicht gesondert erwähnen, da sich Politik nicht auf die Anwendung wissenschaftlicher Erkenntnisse beschränkt, sondern politische Entscheidungen auch dann möglich und nötig sind, wenn Ungewißheit besteht. Auch der *Umgang mit Ungewißheit* ist (berechtigte) politische Entscheidung.
  Hinzukommt (und vielleicht noch wichtiger ist!): Die Wissenschaften können *nichts* dazu sagen, welcher *Zweck* anzustreben ist, sondern nur dazu, welche *Mittel* geeignet sind, diese oder jene Zwecke zu erreichen.

Daher sei der aktuelle (zwischen mir und Buermeyer) vermutlich weitgehend unstrittige Anlaß für einige *grundsätzliche (rechts- und demokratietheoretische) Anmerkungen* genutzt.

I. Die Verhältnismäßigkeit in den Allgemeinen Polizei- und Ordnungsgesetzen

1. Die Gesetzeslage

Juristisch sollte hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit klar sein,

- daß die Verhältnismäßigkeit dort zu beachten ist, wo sie in den Gesetzen – insbesondere in allgemeinen Polizei- und Ordnungsgesetzen – normiert ist[1]

  und

- daß es dann – wie auch ansonsten – die Aufgabe der Gerichte ist, die Einhaltung der Gesetze (hier die Einhaltung der Gesetze durch die Exekutive) zu ‚kontrollieren'.

So heißt es zum Beispiel im Berliner Allgemeinen Sicherheits- und Ordnungsgesetz (ASOG):

„(1) Von mehreren möglichen und geeigneten Maßnahmen haben die Ordnungsbehörden und die Polizei diejenige zu treffen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt.
(2) Eine Maßnahme darf nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht.

---

1 Vgl. Ridder 1975, 162, FN 54: „Nachdem die rechtlose Prärogative des Obrigkeitsstaats von der Verfassung abgeschafft worden ist, bestimmen die Grundrechte das zulässige Eingriffsmaß. Daneben ist auf der Ebene des Verfassungsrechts kein Raum für ein selbständig heranzuziehendes ‚Verhältnismäßigkeitsprinzip', das auf der Ebene des noch nicht verfassungskonformen unterverfassungsmäßigen Rechts allerdings nach Maßgabe der Grundrechte in manchen Fällen anzuwenden ist, so im Bereich der noch mit der polizeilichen Generalermächtigung operierenden **Polizeigesetze, die denn auch vielfach ausdrücklich vorschreiben, daß die Polizei den Eingriff zu wählen hat, der den Betroffenen am wenigsten beeinträchtigt**." (meine Hv.; Hyperlink von mir hinzugefügt)
Siehe als Beispiel für die Generalklausel § 17 Absatz 1 ASOG (wie unten auf S. 7 zitiert) und dazu die gerade zitierte Verhältnismäßigkeits-Klausel in § 11 ASOG (s. hier auf S. 3).
(Angemerkt sei noch, daß die Formulierung, *„auf der Ebene des noch nicht verfassungskonformen unterverfassungsmäßigen Rechts [...] nach Maßgabe der Grundrechte in manchen Fällen anzuwenden ist"*, m.E. dem von Ridder an anderen Stellen zurecht vertretenen Präzisionsanspruch *nicht* gerecht wird.)

(3) Eine Maßnahme ist nur solange zulässig, bis ihr Zweck erreicht ist oder sich zeigt, dass er nicht erreicht werden kann.“ (https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/jlr-ASOGBE2006pP11; abgesehen von der Nicht-Erwähnung der Ordnungsbehörden lautet z.B. § 2 des nordrhein-westfälischen Polizeigesetzes genauso: https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_bes_detail?sg=0&menu=1&bes_id=5173&anw_nr=2&aufgehoben=N&det_id=469904)

2. Politische Kritik an der Gesetzeslage

Der jeweilige Zweck als unhinterfragter Ausgangspunkt

Das ist freilich alles nicht sonderlich sensationell oder besonders kritisch. Denn die Polizei wird schon (*ohne* daß es dafür in der Regel des Einschreitens der Gerichte bedarf) **aus Akzeptanz- und Effektivitätsgründen** darauf achten, einen bestimmten Zweck mit einem möglichst flauschigen („am wenigsten beeinträchtig[enden]“) Mittel zu erreichen (nicht für jede Parksünderin werden Räumpanzer aufgefahren), und eine Maßnahme nur solange anwenden, wie der angestrebte Zweck noch nicht erreicht ist (– *es sei denn*, sie verfolgt im Einzelfall Einschüchterungs- und Abschreckungszwecke für die Zukunft). Und insofern ist – aus ähnlichen Effizienzgründen – auch die These, daß „Anti-Corona-Maßnahmen […] auf einer wissenschaftlichen Grundlage beruhen“ sollen, eher banal als strittig. – Welchen Sinn sollten „Anti-Corona-Maßnahmen“, die *nicht* „auf einer wissenschaftlichen Grundlage beruhen“, haben (außer in der Fantasiewelt coronla-leugnender VerschwörungstheoretikerInnen, die meinen, *statt* um die Pandemie gehe es um ganz andere Dinge[2])?!

Mit anderen Worten: *Nur* nach der Verhältnismäßigkeit von Zweck und Mittel

2 Es mag schon sein, daß die Versuchung besteht und ihr manchmal nachgegeben wird, angesichts der Pandemielage mal auszuprobieren, was sich alles so – widerstandslos – machen bzw. anordnen läßt. Aber dies ändert nichts daran, daß die Pandemie *existiert*; daß sie tatsächlich *gefährlich* ist – und daß die Legitimation der Maßnahmen (zurecht!) deutlich schlechter funktionieren würde bzw. die Maßnahmen auf mehr Widerstand stoßen würden, wenn es die Pandemielage *nicht* gäbe. Oder mit anderen Worten: Es ändert nichts daran, daß es *vernünftig* ist, für den *vorliegenden* Zweck Dinge hinzunehmen oder zu machen, die – wenn es um andere Zwecke oder willkürliche Schikane ginge – nicht hingenommen bzw. nicht gemacht würden. – Zugegeben: Ein klassisches ‚Verhältnismäßigkeits‘-Argument ;-) – aber von mir vertreten als *politische* Präferenz (von der es *abweichende* politische Präferenzen geben kann) und nicht als Ergebnis juristischer Subsumtion mit Anspruch auf Objektivität.

zu fragen, läßt die Frage nach der **(juristischen) Legalität** und **(politischen) Richtigkeit** des Zwecks außen vor. Nun ist an dem Zweck des Gesundheitsschutzes nichts auszusetzen; aber in *anderen* Fällen – in denen weinerliche Linke das angebliche Fehlen der **Verhältnismäßigkeit** staatlicher Maßnahmen beklagen[3] – ist *weniger das angebliche Fehlen der Verhältnismäßigkeit* von Zweck und Mittel, als vielmehr ***schon der*** *staatliche bzw. polizeiliche* ***Zweck*** *das zu Kritisierende*. Diejenigen, die zum staatlichen Zweck schweigen, und nur über das Verhältnis von Zweck und Mittel lamentieren, verbleiben also *innerhalb* der staatlichen Zwecksetzung und innerhalb pragmatischer polizeilicher Akzeptanz- und Effizienzerwägungen.

Der bloß pragmatische Charakter einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ohne *Verhältnismäßigkeits*maßstab

Am bloß pragmatischen Charakter dieser Erwägungen ändert sich auch da-

---

3 Vgl. Ridder 1979, 133: „Um ‚Toleranz‘ buhlt und bettelt am inständigsten das Gros der blinden Mannschaft, die hart am ‚linken‘ Systemrand eben diesen am nachhaltigsten dadurch härtet, daß sie mit dem Nachsuchen um ‚Toleranz‘ […] affirmativ wird. Sie bestätigt damit objektiv, daß das, was ihr Recht *ist*, ihr aber bloß qua ‚Jugendsünde‘ oder irrendes Gewissen o. ä. zugestanden wird, ‚an sich‘ nicht Recht, daß es vielmehr ein vergönnungsweise als Wohltat gespendetes Nicht-Recht ist. Was kann sie dann noch argumentativ ins Feld führen, wenn die Ausdehnung der Toleranzmarge sich nach den jeweiligen Umständen ‚verhältnismäßig‘, den ‚Verhältnissen‘ entsprechend, verengt? Und welchen rauschhaften Illusionen erliegt sie, wenn die Toleranzmarge sich, den ‚Verhältnissen‘ entsprechend, mal wieder erweitert!“ (Hv.)
Was Ridder mit *„das, was ihr Recht ist,“* meinte, ist in dem Text nicht ausdrücklich erläutert. Aber anhand anderer Veröffentlichungen von Ridder kann vermutet werden, daß dies insb. auf Artikel 3 Absatz 3 Grundgesetz („Niemand darf wegen […], seiner […] politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden.“) und Artikel 5 Absatz 1 und 2 Grundgesetz (Meinungsäußerungs- und Medienfreiheiten) zielte. Daran ist nun wichtig:

- Artikel 3 Absatz 3 GG unterliegt *keinem* Gesetzesvorbehalt. Das Diskriminierungsverbot darf also *weder* ‚verhältnismäßig‘ *noch gar* ‚unverhältnismäßig‘, sondern *gar nicht* eingeschränkt werden.
- Die Meinungsäußerungs- und Medienfreiheiten stehen in Artikel 5 Absatz 2 GG zwar unter Gesetzesvorbehalt („Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.“)
  Dort ist aber die entscheidende Frage, wie die Begriffe „allgemein“ und „persönlich“ interpretiert werden. Werden beide Begriffe *eng* interpretiert, dann bedarf es keines ‚Verhältnismäßigkeitsprinzips‘ und ähnlicher Krürcken, um den Schaden für die politischen Freiheitsrechte zu begrenzen; werden sie dagegen *weit* interpretiert, dann können auch solche Krücken nicht viel retten; siehe dazu
  - Schulze 2006, 75 - 83 (Abschnitt *Das Schicksal der Meinungsäußerungsfreiheit im Rechtsstaat – oder: Wie liberal ist die „Soldaten sind Mörder“-Entscheidung?*) sowie
  - Schulze 2019, 57 f. („die bundesverfassungsgerichtliche Wechselwirkungstheorie [ist …] nur eine Notlösung, um die Folgen davon etwas abzuschwächen, daß das Bundesverfassungsgericht den Begriff der ‚allgemeinen Gesetze‘ in Art. 5 II GG uferlos weit auslegt“) und 34, FN 79 mit weiteren Nachweisen. („Wechselwirkung“ ist in der Rechtsprechung des BVerfG eine Art Alias für „Verhältnismäßigkeit“ [vgl. BVerfGE 8, 71 - 81 <80: „Verhältnismäßigkeit“> unter Hinweis auf BVerfGE 7, 198 - 230 <208 f.: „ihrerseits im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts gesehen“ / „Wechselwirkung“>].)

durch nichts, daß die Polizeigesetze die Gerichte ermächtigen und verpflichten zu überprüfen, ob (umstrittene) Maßnahmen „zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht“, *ohne aber* einen *Maßstab* zu benennen, an dem dieses Verhältnis zu messen ist. Letztlich bedeuten § 11 Absatz 2 ASOG, daß nicht die Gesetzgebungsorgane bestimmen, was die Polizei darf, sondern die Polizei erst einmal macht, was sie selbst für richtig hält – und anschließend, im Klagefall, Gerichte eine vage Pi-mal-Daumen-Prüfung nach Gerechtigkeitsgefühl[4] *aka* Verhältnismäßigkeit vornehmen.

Privilegierte Erkenntnisfähigkeit der Gerichte?

Schließlich ist zu bezweifeln, daß die Gerichte *prinzipiell* den „Ordnungsbehörden und de[r] Polizei“ überlegen sind, zu erkennen, welche Maßnahme „am wenigsten beeinträchtigt“, und ob der angestrebte Zweck schon erreicht ist.[5] Die Gerichte mit der Frage der Verhältnismäßigkeit zu befassen, dürfte sich – anders als hinsichtlich einer *spezifisch juristischen* Fachkompetenz – nur daraus rechtfertigen lassen, daß die Polizei dadurch (durch die gerichtliche Kontrolle) vor ihrem *eigenen* professionellen ***Über****eifer* zu schützen. Sekundäre NutzerInnen davon, die Polizei vor ihrem Übereifer zu schützen, sind die BürgerInnen, die *davor* geschützt werden, diesen *Über*eifer zu erleiden – oder für etwaig erlittenen Übereifer entschädigt werden.

Insofern erfüllt das ‚Verhältnismäßigkeitsprinzip‘ seinen *liberalen* Zweck – aber auch *nicht mehr*.[6]

---

4 Zur Vagheit des Terminus „Gerechtigkeit“ siehe: „Was ist ‚gerechte‘ Verteilung? Behaupten die Bourgeois nicht, daß die heutige Verteilung ‚gerecht‘ ist? […]. Haben nicht auch die sozialistischen Sektierer die verschiedensten Vorstellungen über ‚gerechte‘ Verteilung?“ (MEW 19, 10 - 32 [18] – *Kritik des Gothaer Programms*)

5 Der linke und linksliberale Eifer, Gerichten möglichst viele politische Entscheidungen zuzuschanzen, ist im übrigen auch insofern kurios,

- als die KlägerInnen in manchen Fällen darauf setzen, daß sich die Gerichte für ‚die Freiheit‘ ins Zeug legen;
- die KlägerInnen aber in anderen Fällen auf mehr Umweltschutz etc. hoffen, wodurch dann – falls erfolgreich – durchaus in ‚die Freiheit‘ von Autobahn-, Flughafen- und AKW-BauerInnen – mit *strengeren* staatliche Auflagen – eingegriffen wird.

Woher kommt dieses Vertrauen in die Justiz? Woher kommen die Hoffnungen, daß die Justiz (eher als Parlamente und Regierungen) die je gewünschten Entscheidungen trifft (mal mehr Freiheit; mal mehr Umweltschutz etc.)? Woher kommt die Überzeugung, daß es (prozedural) richtig ist, wenn Gerichte und nicht Parlamente (oder: Räte) solche Entscheidungen treffen?

6 Klargestellt sei noch: Das, was in Abschnitt I.2. steht, ist eine *politische* Kritik an der bestehenden Gesetzeslage und deren Handhabung; diese ändert aber nichts daran, daß die Gerichte *von Verfassungs wegen*

II. Verhältnismäßigkeit auch in den besonderen Polizei- und Ordnungsgesetzen?

1. Das grundsätzliche Problem

Ebenfalls mag aus politischen, liberalen (exekutiv-begrenzenden) Gründen begrüßt werden, wenn die Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht nur im Anwendungsbereich der *allgemeinen* Polizei- und Ordnungsgesetze, sondern auch im Anwendungsbereich der *besonderen* Polizei- und Ordnungsgesetze (also z.B. des Versammlungs- oder des Vereinsgesetzes oder auch des Infektionsschutzgesetzes) vorgenommen wird. Daß diese Übertragung auch juristisch legal ist[7], ist – obwohl sie weithin verbreitet ist – allerdings *weitaus weniger sicher*. Denn im Allgemeinen gilt, daß die speziellere Norm die allgemeineren Normen verdrängt: Das, was die Gesetzgebungsorgane konkret entschieden haben, ist nicht statt dessen aus allgemeineren Normen zu deduzieren.
Dies spricht *gegen* eine Übertragung: Der polizeiliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz rechtfertigt sich (historisch) aus der Weite der polizeilichen Generalklauseln (vgl. noch einmal FN 1), z.B.

- § 17 Absatz 1 ASOG: „Die Ordnungsbehörden und die Polizei können die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren, soweit nicht die §§ 18 bis 51 ihre Befugnisse besonders regeln.“

---

verpflichtet sind, diese – problematische – Gesetzeslage nach bestem Wissen und Gewissen anzuwenden (solange die Gesetze nicht präziser gefaßt werden).
Wiederum eine andere Frage ist, ob sinnvoll ist, alles, was das Gesetz gewährt, auch vor Gericht in Anspruch zu nehmen – oder ob der politische (und intellektuelle) Schaden mancher juristischer Erfolge nicht größer ist als deren Nutzen.

7 Jedenfalls (vgl. darüber hinaus FN 1; letzter Absatz) *für den Fall von Vereinsauflösungen* wird dies von Ridder (2001, Randummer 27) bejaht: „Zu bejahen ist nicht nur, daß die sog. Verbotsbehörden ‚mildere Mittel [als die Auflösung] anwenden dürfen; sie müssen es sogar orientiert am polizeilichen Übermaßverbot.“
Dies steht freilich in dem spezifischen Kontext, daß in Artikel 9 Absatz 2 Grundgesetz gar nicht von „Auflösung“ oder „auflösen“, sondern von „verboten“ die Rede ist. Zwar ist dort gesagt, daß Vereinigungen die eines (oder mehrere) der dort genannten Tatbestandsmerkmale erfüllen, „verboten“ sind. Wie auf die *Existenz* von etwas Verbotenem zu reagieren ist, ist damit freilich noch gesagt: „das Vorbotensein von Etwas [hat nichts] unmittelbar mit seinem Vorhandensein zu tun. Rechtlich Verbotenes kann nach näherer normativer Maßgabe je nach seiner konkreten Beschaffenheit rechtens beseitigt, aufgehoben, bestraft usw. werden, *weil* es verboten ist. Für eine einen Verbotstatbestand des Art. 9 Abs. 2 erfüllende Vereinigung kann vorgeschrieben werden, daß sie aufzulösen sei […]; es könnte ihr aber auch aufgegeben werden, sich durch Änderungen ihrer Statuten, Programme, Handlungsformen usw. aus der Verbotszone zu entfernen“ (ebd., RN 24; Hv. i.O.).

und

- § 8 Absatz 1 Polizeigesetz NRW: „Die Polizei kann die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende, konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren, soweit nicht die §§ 9 bis 46 die Befugnisse der Polizei besonders regeln."

Nicht näher definierte Gefahren darf mit ebenfalls nicht näher definierten Maßnahmen begegnet werden. Angesichts dieser Weite schafft der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (und schaffen vor allem die – im Laufe der Zeit eingeführten – vorrangigen speziellen Regelungen in den §§ 17 bis 51 des Berliner ASOG und in den §§ 9 bis 46 des nordrhein-westfälischen Polizeigesetzes) zumindest ein *Minimum an Kontur* (die genannten spezielleren Regelungen beschränken die Anwendung bestimmter schwerwiegender Maßnahmen auf bestimmte schwerwiegende Gefahren). Wenn nun die Gesetzgebungsorgane aber zur Abwehr *bestimmter* Gefahren, nicht vage Maßnahmen ermöglichen, sondern *bestimmte* Maßnahmen *vorschreiben*, dann hat die Heranziehung des (vagen) Verhältnismäßigkeits-Kriteriums den umgekehrten Effekt: Die aus dem Verhältnis von (bestimmter) Tatbestandsvoraussetzung und (bestimmter) Rechtsfolge resultierende Rechtssicherheit würde durch eine immer erst *ad hoc* erfolgende Verhältnismäßigkeits-Abwägung untergraben: Für die Betroffenen wird die Staatsgewalt unberechenbarer; der Polizei wird ermöglicht, – unter der Hand – politische Opportunitätserwägungen einfließen zu lassen. Der *höhere* Grad von ‚Kontur' (Bestimmtheit) der speziellen Norm wird auf das *Minimum* an Kontur des Verhältnismäßigkeits-Kriteriums reduziert.
Zu bedenken ist aber, daß es – z.B. im Strafgesetzbuch – auch die gesetzliche Regelungstechnik gibt, in einem Gesetz einen *allgemeinen* Teil einem (oder mehreren) *besonderen* Teil(en) *voran*zustellen. Wenn das Verhältnis zwischen allgemeinen und besonderen Polizei- und Ordnungsgesetzen ähnlich zu verstehen ist, wie das Verhältnis von allgemeinem und besonderen Teil des Strafgesetzbuches, dann würde dies *für* eine Anwendung der Verhältnismäßigkeits-Kausel aus den allgemeinen Polizei- und Ordnungsgesetze auch im Bereich der besonderen Gesetze dieser Art sprechen. Allerdings gibt es auf Bundesebene *gar kein allgemeines* Polizei- und Ordnungsgesetz; die *Landes*parla-

mente sind aber *nicht* befugt, den *Bundes*gesetzen – mathematisch gesprochen – einen Allgemeinen Teil (oder speziell einen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) ‚vor die Klammer' zu setzen (vgl. Artikel 31 Grundgesetz: „Bundesrecht bricht Landesrecht."). Die Landesverwaltungen haben die Bundesgesetze nach Maßgabe des Bundesrechts auszuführen.

Wie dem auch sei – viel Schutz der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit bewirkt die gängige Übertragung nicht; und viel Beeinträchtigung von Gesundheits- bzw. Infektionsschutzschutz ist durch die Übertragung *nicht* zu befürchten (aus Perspektive der CoronaleugnerInnen: *nicht* zu erhoffen). Denn das Ganze spielt sich – wie gesagt – im Rahmen des gesetzten Zwecks und *dessen* effizienter Durchsetzung ab.

2. Das konkrete Beispiel Infektionsschutzgesetz

Auch unabhängig von der Frage eines allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, bestimmt § 28 I 1 Infektionsschutzgesetz: „Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde die *notwendigen* Schutzmaßnahmen, insbesondere die in § 28a Absatz 1 und in den §§ 29 bis 31 genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten *erforderlich* ist" (meine Hv.). Auch im erst kürzlich eingefügten § 28a Infektionsschutzgesetz und den weiteren genannten Paragraphen ist mehrfach von „notwendig" und „erforderlich" die Rede.
Falls „verhältnismäßig sein, also insbesondere auf einer wissenschaftlichen Grundlage beruhen," nur eine Paraphrase

- für: Es wurden „Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt" (und nicht erfunden) bzw. es ergab sich, „dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war".
- für: Die Schutzmaßnahmen müssen „notwendig" sein.
  und

- für: Sie sind nur soweit und solange zulässig, wie sie „zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich“ sind,

ist, dann ist gegen das Postulat Buermeyers nichts einzuwenden (und ist ihm auch zuzustimmen, daß dem Postulat *genüge* getan wurde; allerdings ist hinzufügen, daß *weniger* als das Erforderliche getan wurde[8]). Es zeigt sich aber auch, daß es dann den *Vorteil der Klarheit und Präzision* auf seiner Seite hat, sich konkret an dem Wortlaut des Gesetzes zu halten statt allgemeinen von „verhältnismäßig“ zu reden – ein Terminus, der mit allen *möglichen und unmöglichen* persönlichen Wertungen aufgeladen werden kann.

3. Korrektur einer eigenen Vorschnelligkeit

Ich hatte oben etwas Vorschnell gesagt: „*Nur* nach der Verhältnismäßigkeit von Zweck und Mittel zu fragen, läßt die Frage nach der (juristischen) Legalität und (politischen) Richtigkeit des Zwecks außen vor.“

Der eben angesprochene Punkt, daß „Verhältnismäßigkeit“ ein Terminus sei, der mit allen möglichen und unmöglichen persönlichen Wertungen aufgeladen

---

8 Daß – insbesondere von Mitte Oktober bis Anfang Dezember – *nicht* das Erforderliche getan wurde, zeigt sich schlagend daran, daß es in der BRD vom Auftreten der ersten Covid-19-Todesfällen Anfang März bis Mitte Oktober (also in rund 7 ½ Monaten) weniger als 10.000 Covid-19-Todesfälle gab, in den nicht einmal drei Monaten seitdem aber mehr als 30.000 Todesfälle *hinzu*gekommen sind (https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Fallzahlen_Kum_Tab.xlsx?__blob=publicationFile).
Während die am 16. und 23. März vereinbarten Maßnahmen (*einschließlich* Geschäfts- und Schulschließungen) zügig zu einem Sinken der Zahl der gemeldeten Infektionen und – mit der zu erwartenden Verzögerung – auch zu einem Sinken der Zahl der Todesfälle führten, führten die im Oktober und November beschlossen Maßnahmen (*ohne* Geschäfts- und Schulschließungen) – wie zu befürchten war – zu *keinem* nachhaltigen Sinken der Zahlen. Ob die Mitte Dezember dann doch noch beschlossenen Schul- und Geschäftsschließungen dauerhaft den zu erhoffenden Effekt haben oder von feiertaglicher Vergemeinschaftung und ansteckenderen Virusvarianten sowie winterlichem (statt damals: frühlingshaften) Wetter konterkariert werden, werden wir erst in den nächsten Tagen sehen, wenn die Feiertags-Verzerrungen, die noch bei den Infektionszahlen aus der ersten Januar-Woche vorlagen, völlig überwunden sein werden.
Die in etwa seit der Jahreswende sinkende Zahl von Covid-19-IntensivpatientInnen zeigt bisher eindeutig nur den Effekt der am 13.12. vereinbarten Maßnahmen (https://www.intensivregister.de/#/aktuelle-lage/zeitreihen), aber – aufgrund des leicht schwankenden Abstandes zwischen Infektion und etwaiger Intensivstation-Einweisung – noch *nicht sicher*, daß dieser Effekt nicht an den Feiertagen konterkariert wurde. (Der RKI weist zwar schon Neuerkrankungszahlen bis hin zu den ersten zehn Tagen des neuen Jahres aus [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Jan_2021/2021-01-14-de.pdf?__blob=publicationFile, S. 8]. Aber diese scheinen – wie üblich – nur aus den mitgeteilten Infektionen errechnet zu sein, ohne zu berücksichtigen, daß feiertags-bedingt vermutlich eine Reihe von [leichten] Erkrankungen von den Betroffenen ignoriert und den Gesundheitsbehörden nicht bemerkt wurden.)

werden kann, ist eine geeignete Gelegenheit, diese Vorschnelligkeit zu korrigieren. Denn es kommt auch vor, daß das angebliche Fehlen der Verhältnismäßigkeit beklagt wird, weil an dem Zweck Anstoß genommen wird oder um zu *bemänteln*, daß in Wirklichkeit an dem Zweck anstoßen genommen wird. (Dann wird freilich nicht „*[n]ur* nach der Verhältnismäßigkeit von Zweck und Mittel" gefragt, sondern unter dem *Deckmantel* der Verhältnismäßigkeit der Zweck angegriffen.)

Auf der Hand dürfte jedenfalls liegen:

- Umso mehr Sympathie die jeweils sprechende (oder schreibende) Person für den jeweils in Rede stehenden Zweck hat, desto eher wird sie geneigt sein, energische Maßnahmen zur Erreichung dieses Zwecks zu befürworten (die Maßnahmen also für „verhältnismäßig" zu halten),

- während – umgekehrt – Personen, die schon mit dem Zweck hadern, energische Maßnahmen zu dessen Erreichung für untunlich bzw. „unverhältnismäßig" halten werden.

III. Verhältnismäßigkeit im Grundgesetz?

1. Außerhalb von Artikel 13 (Unverletztlichkeit der Wohnung): Fehlen einer Grundlage im Text des Grundgesetzes

Ganz anders – als im Bereich der allgemeinen Polizei- und Ordnungsgesetze und eventuell auch anders als im Bereich der besonderen Polizei- und Ordnungsgesetze – verhält es sich mit der Verhältnismäßigkeit, *wenn* sie nicht als *verwaltungs*gerichtliche *Exekutive*-, *sondern* als *verfassungs*gerichtliche *Legislative*-Kontrolle praktiziert wird. Dann fehlt ihr außerhalb von Artikel 13 Absatz 3 Satz 1 Grundgesetz (Unverletzlichkeit der Wohnung)[9], der im ursprüng-

9 „Begründen bestimmte Tatsachen den Verdacht, daß jemand eine durch Gesetz einzeln bestimmte besonders schwere Straftat begangen hat, so dürfen zur Verfolgung der Tat auf Grund richterlicher Anordnung technische Mittel zur akustischen Überwachung von Wohnungen, in denen der Beschuldigte sich vermutlich aufhält, eingesetzt werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise unverhältnismäßig er-

lichen Grundgesetz noch *nicht* enthalten war[10], die juristische Grundlage.

Zwar postulierte das Bundesverfassungsgericht schon früh (1958):

„Auch der Gesetzgeber, der öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen statuiert," sei „in seinem Handeln nicht völlig frei". Zum Beispiel seien „Beschränkungen des Weinbaues" – die vom Bundesverfassungsgericht irriger Weise als Eingriffe in das Grundrecht auf Eigentum interpretiert wurden[11] – *nur dann* „zulässig, wenn und soweit sie […] unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit [ge]rechtfertigt" sind (BVerfGE 8, 71 - 81 [80])[12] – **obwohl in Artikel 14 Grundgesetz** (damals wie heute) – anders als heute in Artikel 13 – in Wirklichkeit ***nichts* von „Verhältnismäßigkeit" steht**.

Vielmehr lautet Artikel 14 Absatz 1 Grundgesetz: „Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt." (Auch in den beiden folgenden Absätzen steht *nichts* von „Verhältnismäßigkeit"; das Bundesverfassungsgerichts zauberte – sie sogar *ohne* nähere *Erläuterungen* – einfach aus dem Hut.).

In dem damit angedeuteten Kontext (Erfindung eines nicht im Grundgesetz stehenden Verhältnismäßigkeitsprinzips) kritisierte der Gießener Staatsrechtler

schwert oder aussichtslos wäre."

10 Bundesgesetzblatt Teil I 1949, 1 - 20 (3).
Der ursprüngliche Artikel 13 Absatz 3 GG entspricht dem heutigen Artikel 13 Absatz 7 GG: „Der bisherige Absatz 3 wird Absatz 7." (Bundesgesetzblatt Teil I 1998, 610 [610])

11 Irrig *insofern*, als es damals um die Genehmigung von *Neu*pflanzungen ging. Durch die Unzulässigkeit, an bestimmten Stellen Weinreben zu pflanzen, wird weder das Eigentum an den (etwaig – leichtfertig – schon vor Genehmigung angeschafften) Weinreben noch das etwaige Eigentum an dem Grundstück, das dafür genutzt werden soll, beeinträchtigt. Allenfalls ändert sich dadurch der *Wert* des Eigentums. (Die Weinreben mögen vertrocknen, wenn sie nicht rechtzeitig gepflanzt werden und folglich nur noch als Brennholz geeignet sein; das Grundstück mag als Weinberg mehr Wert sein denn als Kartoffelacker. Dies ist aber nur das viel beschworene ‚unternehmerische Risiko', ändert aber nichts am Eigentum [als solches] an Weinreben und Grundstück.)
(Meine hiesige Kritik betrifft vor allem den Abschnitt III.3. der Entscheidung. Die *vorhergehenden* Abschnitten bedürften ausführlicherer Diskussion.)

12 Auch das Mitbestimmungsgesetz von 1976 prüfte das Bundesverfassungsgericht am Maßstab der „Verhältnismäßigkeit" und postulierte (dort in Bezug auf Artikel 14 Absatz 2 GG: „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen."): „Eigentumsbindungen [müssen] stets verhältnismäßig sein" (BVerfGE 50, 250 - 381 [341]). Auch in dem Absatz steht – wie gesagt – *nichts* von „verhältnismäßig". (Mit „Eigentumsbindungen" sind gesetzliche Regelungen, die den frommen Wunsch, daß der Gebrauch des Eigentums „zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen" solle, konkretisieren, gemeint.)

Helmut Ridder 1979[13] in der Zeitschrift *Demokratie und Recht*:

Das (bundesverfassungsgerichtliche) Verhältnismäßigkeitsprinzip besage „in Bezug auf Rechtsfindung und -anwendung […]: Nur soviel als Rechtsfindung und -anwendung deklarierte Erfindung und Anwendung von Nicht-Recht bzw. nur soviel Nicht-Findung und Nicht-Anwendung von Recht, wie im Einzelfall um der generellen und großzügig verfahrenden Systemerhaltung willen erforderlich. Dementsprechend auch nur soviel Blindheit oder Legasthenie oder intellektuelle Schwerhörigkeit gegenüber dem positiven Recht wie jeweils erforderlich.“ (Ridder 1979, 127)

2. Unklarheit des Prüfungsmaßstabes

Mit dem Fehlen einer juristischen Grundlage für eine verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung fehlt es auch an einem *Maßstab*, für die *Durchführung* dieser Prüfung:

Zwar prüft auch das Bundesverfassungsgericht – angelehnt an die klassischen polizeirechtlichen Formulierungen – die ‚Geeignetheit‘[14] und ‚Erforderlichkeit‘[15] sowie die ‚Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne‘[16] von gesetzlichen Regelungen (alle drei Kriterien zusammen bilden die sog. ‚Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne‘). Siehe dazu bspw. die Gliederung einer Entscheidung aus dem vergangenen Jahr wegen angeblichen „Eingriff[s] in die Berufstätigkeit als Betreiberinnen von Offshore-Windparks“[17]:

---

13 Vgl. außerdem Ridder 1977. Ridder schrieb dort auf S. 53 zu Artikel 14 Absatz 1 GG: „Wenn ‚Inhalt und Schranken‘ des Eigentums und des Erbrechts ‚durch die Gesetze bestimmt‘ werden, dann heißt *daß das die Verfassung der Schrankenziehung des Gesetzgebers keine Schranken setzt*. Das ist absolut unmißverständlich.“

14 Vgl. noch einmal den Anfang von § 11 Absatz 1 des Berliner Allgemeinen Sicherheits- und Ordnungsgesetzes: „Von mehreren möglichen und geeigneten Maßnahmen…“. ‚*Un*geeignete‘ (und *un*mögliche) Maßnahmen kommen also von *vornherein* nicht als staatliche Mittel in Betracht. Ausgewählt werden darf nur zwischen den geeigneten (und möglichen) Maßnahmen.

15 Das Kriterium der Erforderlichkeit ist quasi eine Umkehrung des Postulats, das „am wenigsten beeinträchtigt[ende]“ Mittel zu wählen: Wenn schon ein milderes Mittel den angestrebten (und legalen) Zweck bewirken kann, dann sind schärfere Mittel ‚nicht erforderlich‘.

16 Vgl. noch einmal § 11 Absatz 2 des Berliner Allgemeinen Sicherheits- und Ordnungsgesetzes: „Eine Maßnahme darf nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht.“

17 Als ob die *unternehmerische* Stellung als *Betreiber oder Betreiberin* von Offshore-Windparks ein spezifischer *Beruf* wäre – im vorliegenden Fall noch dazu von 17 Gesellschaften mit beschränkter Haftung und nicht etwa von natürlichen Personen!

„bb) Eignung

cc) Erforderlichkeit

dd) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne einschließlich Vertrauensschutz aus Art. 12 GG“[18]

(dort maßte sich das Bundesverfassungsgericht im übrigen außerdem noch – und zwar als Punkt aa) [„Legitimer Zweck“] – ganz ausdrücklich an, die *„Legitim[ität]“* [nicht etwa *Legalität* / Verfassungsmäßigkeit] des gesetzgeberischen Zwecks zu beurteilen).

Aber es besteht insofern ein Unterschied, als

- der Exekutive in aller Regel ein bestimmter Zweck *vorgegeben* ist (und sei er so allgemein formuliert wie in § 17 Absatz 1 des Berliner Allgemeinen Sicherheits- und Ordnungsgesetzes [„eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung […] abwehren“]). Damit *steht* also jeweils *ein gesetzlich bestimmter Zweck*, für dessen Realisierung das umstrittene Mittel geeignet sein muß, *fest*.
- Die Legislative ist dagegen gerade – weitgehend frei – zur *Zwecksetzung* berufen; gerade die Zwecksetzung ist politische Entscheidung: Soll das Kapital gefördert und/oder etwas für die sozialstaatliche Integration getan werden oder die Herrschaft der kapitalistischen Produktionsweise

---

Stellen Sie sich folgenden aus dem Leben gegriffenen Dialog vor:

- Die A berichtet dem B: „Ich habe eine GmbH gegründet.“
- Interessierte Nachfrage von B: „Und welchen Beruf hat die GmbH?“

Zur Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Artikel 12 GG siehe: Ridder 1975, 120 - 127 (s. im vorliegenden Zusammenhang bes. 122 oben, 122 unten und 123 oben).

18 Siehe Beschluss vom 30. Juni 2020 zum 1 BvR 1679/17; https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/06/rs20200630_1bvr167917.html.
Bei Textziffer 99 heißt es außerdem: „Der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG ist gerechtfertigt; er ist insbesondere verhältnismäßig. Er dient einem legitimen Zweck (aa) und ist geeignet (bb) sowie erforderlich (cc), diesen Zweck zu erreichen. Er belastet die Grundrechtsträger nicht in unzumutbarer Weise; insbesondere ist deren Vertrauen in den Fortbestand beruflicher Betätigungsmöglichkeiten nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt (dd).“
Daß das BVerfG den angeblichen Eingriff in Artikel 12 Absatz 1 GG im vorliegenden Fall für *„gerechtfertigt“* erklärt, ändert nichts daran, daß schon die *Prüfungskriterien* – als juristische – an den Haaren herbeigezogen sind. Denn auch in Artikel 12 Absatz 1 GG steht nichts von „legitime[m] Zweck“, „geeignet“, „erforderlich“, „zumutbar“. Dieser lautet vielmehr schlicht: „Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.“ (Daß alle Deutschen das Recht haben, den Beruf frei zu wählen, heißt nicht, daß die GrundgesetzgeberInnen eine faktische Unmöglichkeit folgenden Inhalts statuiert hätten: „Alle Deutschen haben einen einklagbaren Anspruch, BetreiberInnen von Offshore-Windparks zu werden.“)
(Mit der Frage, ob die verfahrensgegenständlichen Regelungen politisch richtig oder falsch sind, habe ich mich *nicht* befaßt. Denn das ist eine ganz andere Frage.)

> überwunden werden[19]? Soll die Zahl der Verkehrstoten minimiert werden oder sollen freie BürgerInnen freie Fahrt haben? etc.
> Kommen nun aber fast alle Zwecke in Betracht, dann kommen auch fast alle Mittel in Betracht: Für zumindest irgendeinen Zweck wird das angewandte Mittel schon geeignet und vielleicht auch erforderlich sein.

Bleibt also im wesentlichen die ‚Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne' – aber gerade diese ist problematisch. Dieter Deiseroth kritisierte 1998 in der Zeitschrift *Betrifft JUSTIZ* die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wie folgt:

„Problematisch ist […] vor allem die Abgrenzung zwischen einer ‚zumutbaren' und einer ‚unzumutbaren' Beschränkung eines Grundrechts. Zu Recht wird m.E. kritisiert, daß das BVerfG jedenfalls mit dem Kriterium der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (‚abgewogen', ‚angemessen', ‚zumutbar') Gesichtspunkte in die verfassungsrechtliche Prüfung einbezieht, für die hinreichend rationale und nachvollziehbare Maßstäbe letztlich fehlen. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit (im engeren Sinne) steht deshalb in der ständigen Gefahr, daß die subjektiven Einschätzungen des Prüfenden über das im Einzelfall ‚Zumutbare' und ‚Angemessene' an Stelle derjenigen des Gesetzgebers zur Geltung gebracht werden." (S. 250)

Ist eine Geschwindigkeitsbegrenzung auf 100 km/h auf Autobahnen noch verhältnismäßig, aber wäre es eine Begrenzung auf 80 km/h nicht mehr? Wäre ein Spitzensteuersatz von 60 % noch verhältnismäßig, aber einer von 66 % nicht mehr? – Wo soll dort die verfassungsrechtliche Grenze, die den Gesetzgebungsorganen angeblich auferlegt ist, verlaufen? (Zu kritisieren ist also die *Unberechenbarkeit* der gerichtlichen Verhältnismäßigkeits-Abwägung.)

Und was spricht dagegen, daß solche Fragen allein von den Gesetzgebungs-

---

19 Daß die etwaige Überwindung der Herrschaft der kapitalistischen Produktionsweise – wenn, dann – aller Wahrscheinlichkeit nach nicht im Wege der Gesetzgebung, sondern im Wege der bewaffneten Revolution erfolgen wird, steht auf einem anderen Blatt und muß hier nicht diskutiert werden. – Jedenfalls wird es die Überwindung der Herrschaft der kapitalistischen Produktionsweise *nicht* als Geschenk des Bundesverfassungsgerichts geben.

organen (oder – im Fall der Geschwindigkeitsbegrenzung – sogar durch die Regierung in der Straßenverkehrsordnung) entschieden werden – zumal, wenn solche Vorhaben vorher in den Wahlprogrammen angekündigt werden?! Wenn's den BürgerInnen nicht gefällt, können sie ja (beim nächsten Mal) eine andere Partei wählen.

3. *In dubio pro libertate*?

Nun mag ein Grundsatz *„Im Zweifel für die Freiheit“* postuliert werden, der besage, für Freiheitseinschränkungen müßten sich immer mindestens *zwei* staatliche Instanzen (Gesetzgebungsorgane und Verfassungsgericht oder aber Exekutive und Verwaltungsgericht) *einig* sein.

Aber juristisch betrachtet, gibt es einen solchen Grundsatz im wirklichen Verfassungsrecht der Bundesrepublik nicht; und auch politisch ist er – angesichts der Weite der Grundrechte, die auch unerfreuliches Handeln schützen[20] – nicht wirklich überzeugend. Es ist schon kein Zufall, daß in den USA nicht linke AnarchistInnen, sondern *hardcore*-Neoliberale „libertär“ (*libertarian*) genannt werden.

4. Das Verhältnis von durch direkte Wahl legitimierten Parlamenten und bloß indirekt demokratisch legitimierter Justiz sowie das Problem der ‚Veränderungs-Blockade‘ durch gerichtliche Gesetzeskontrolle

Hinzukommt: Bei *verfassungs*gerichtlicher Gesetzeskontrolle geht es – anders als bei *verwaltungs*gerichtlicher Polizeikontrolle – nicht um Kontrolle und Begrenzung der (Macht der) – nur *in*direkt demokratisch legitimierten – Exekutive, sondern um Begrenzung des *politischen* Gestaltungsspielraums der – *direkt*-demokratisch gewählten Parlamente: Ist das „Mitbestimmungsgesetz“ gerade noch okay oder schon „unverhältnismäßig“? Ist das Infektionsschutzge-

---

20 Auch die Tötung von Menschen ist von Teil der – vom Bundesverfassungsgericht (aus Gründen der Verfassungsgebungsgeschichte) *zurecht* als „allgemeine Handlungsfreiheit“ verstandenen (BVerfGE 6, 32 - 45 [36 f.]) und von Artikel 2 Absatz 1 Grundgesetz geschützten – „freie Entfaltung der Persönlichkeit“. Genauso klar ist allerdings, daß § 211 StGB, der Mord unter Strafe stellt, zur verfassungsmäßigen Ordnung der BRD gehört, die der „freie[n Entfaltung der Persönlichkeit“ *Grenzen* setzt.

setz gerade noch okay oder ein unverhältnismäßiger Eingriff in individuelle Freiheit?

Der Sinn von Grundrechten ist nicht, daß es keine Eingriffe in Grundrechte geben soll. Das würde gesellschaftlichen Stillstand bedeuten; das Ende politischer Gestaltungsmöglichkeiten durch die GesetzgeberInnen. Es wäre gewissermaßen[21] der perfekte Konservatismus.

Der Sinn der Grundrechte ist vielmehr Eingriffe in Grundrechte an demokratische legitimierte Gesetze zu binden[22] und nicht in das Belieben der (in Deutschland damals, zur Zeit der Verabschiedung der ersten Grundrechte, noch monarchischen) Exekutive.

Aber zurück zur Frage, *„gerade noch okay oder schon ‚unverhältnismäßig'?"*: Ist diese ‚Abwägungs'-Frage eine *politische* Frage oder *juristische* Frage? Sollen diese Frage Parlamente (oder besser: *Räte*) oder vielmehr *Gerichte* entscheiden?

5. Zwei Alternativen zur verfassungsgerichtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung

Wenn dennoch eine (ausgiebige) verfassungsgerichtliche Gesetzeskontrolle für richtig gehalten wird, so gäbe es zumindest zwei Möglichkeiten, die rationaler wären als die die Rechtssicherheit untergrabenden Verhältnismäßigkeits-Rechtsprechung:

- *Zum einen* könnte versucht werden, Artikel 19 Absatz 2 Grundgesetz („In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden."), der in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsge-

21 „Gewissermaßen" deshalb, weil eine Gesellschaft *ohne* Staat, *ohne* Gesetze und folglich auch *ohne* Grundrechte *denkbar* ist. In einer solchen Gesellschaft würden politischen Gestaltung bzw. gesellschaftliche Veränderungen nicht mehr mit dem Mittel des Gesetzes, sondern durch Konsensbildung erfolgen.
Aber diese Möglichkeit ist aktuell bedeutungslos, solange es um Handlungsmöglichkeiten in der bestehenden Gesellschaft (oder auch einer sozialistischen Übergangsgesellschaft [*mit* Staat und Gesetzen etc.]) geht.

22 Unter diesem grundsätzlichen Gesichtspunkt (Einschränkbarkeit von Grundrechten) spielt der – im übrigen sehr wohl ausschlaggebende – Unterschied zwischen sozialistischer und bürgerliche bzw. Räte- und parlamentarischer Demokratie *keine* Rolle.

richts kaum eine Rolle spielt, einen operationalisierbaren Gehalt zu entnehmen.[23] Aber was ist ein „Wesensgehalt“? Er dürfte jedenfalls einem Marshmallow nicht unähnlicher als das ‚Verhältnismäßigkeitsprinzip‘ sein.[24]

- *Zum anderen* könnte das Grundgesetz geändert werden – und es könnte an einigen Stellen, wo das Grundgesetz sog. *un*qualifizierte Gesetzesvorbehalte enthält (z.B. Artikel 10 Absatz 2 Satz 1[25] [„Beschränkungen dürfen nur auf Grund eines Gesetzes angeordnet werden.“] und, soweit es Versammlungen unter freiem Himmel betrifft, Artikel 8 Absatz 2 [„Für Versammlungen unter freiem Himmel kann dieses Recht durch

---

23 Dies dürfte allerdings allein schon deshalb schwierig sein, da Artikel 19 Absatz 2 GG selbst-widersprüchlich – also *sinnlos*! – ist: Ein Recht (auch ein Grundrecht) darf *gar nicht* „angetastet“ (i.S.v. verletzt) werden; das macht seinen Charakter als „Recht“ (und die Binarität von Recht und Unrecht) aus (vgl. Ridder 1977, 54: „Ein geschütztes Recht darf nicht nur nicht in seiner ‚Substanz‘ oder seinen ‚Kernbereich‘, sondern darf gar nicht verletzt werden; was sonst als diese Absolutheit sollte der Sinn eines juristischen Rechts sein?!“). Ein Recht darf ggf. durch eines neueres, höherrangiges oder spezielleres Recht (ganz oder teilweise) verdrängt, aufgehoben, außer Kraft gesetzt werden etc. – Aber niemals darf ein Recht von Rechts wegen verletzt werden.
Ein Grundrecht dem ein unqualifizierter Gesetzesvorbehalt beigegeben ist, gewährt also *gar kein* inhaltlich bestimmtes Recht, sondern bloß ein Recht auf parlamentarische Entscheidung: „Soweit ein Grundrecht nach seinem Wortlaut ‚eingeschränkt‘ werden kann, ist sein ‚Normbereich‘ bereits eingeschränkt“ (Ridder 1979, 117). Der ‚Rest‘ ist nicht mehr eine Frage der Einhaltung oder Verletzung des Grundrechts, sondern eine Frage der Einhaltung oder Verletzung des grundrechts-einschränkenden Gesetzes: Ist der konkrete Eingriff von dem Gesetz gedeckt oder nicht? (Soweit der konkrete Eingriff *nicht* vom Gesetz gedeckt ist, ist freilich *nicht nur* das Gesetz, *sondern auch* das Grundrecht verletzt: Denn dieses besagt ja gerade, daß es *keinen* Eingriff *ohne* Gesetz geben darf.)
Was die VerfassungsgeberInnen vermutlich gemeint, aber nicht ins Grundgesetz geschrieben haben, dürfte in etwa Folgendes sein: „Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, so darf der Gesetzgeber der Exekutive aber nicht völlig freie Hand geben, sondern muß ein Minium von Freiheit im Schutzbereich des jeweiligen Grundrechts-Artikels übrigbleiben.“ – Selbst wenn wir das Wort „antaste[n]“ in Artikel 19 Absatz 2 GG nicht i.S.v. „verletzen“, sondern im gerade beschriebenen Sinne verstehen, bleibt die Schwierigkeit, daß das Wort „Wesensgehalt“ nicht ermöglicht, das gerade erwähnte Minimum zu *quantifizieren*. Damit ist aber nicht ersichtlich wie die fragliche Norm *rational operationalisiert* werden könnte.

24 Es mag gefragt werden, was das *spezifische* Problem ist, wenn gerichtliche Entscheidungen ungewiß sind; wenn Gerichte Marshmallows statt Begriffen verwenden. Denn auch Parlaments- und Regierungsentscheidungen sind (zunächst einmal) ungewiß!
Der Unterschied liegt darin, daß Parlaments- und Regierungsentscheidungen *vor* deren Veröffentlichung im Gesetz- und Verordnungsblatt ungewiß sind; wenn Gerichte Marshmallows erfinden und anwenden (statt die Gesetze anzuwenden), dann bleibt die Ungewißheit (die Rechtsunsicherheit) auch noch *nach* Veröffentlichung des Gesetzes oder der Verordnung bestehen; die BürgerInnen können ihren Freiheitsgebrauch nicht auf die Rechtslage einstellen, sondern werden nachträglich von den Gerichten (positiv oder negativ) überrascht.
Das wirkliche Minimum an Mäßigung, das von jeder Staatsgewalt verlangt werden sollte ist, ist, daß das Recht *vor* (und nicht erst *bei*) seiner Anwendung verkündet wird.

25 Post- und Fernmeldegeheimnis.

Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden.“][26]), sogenannte Qualifikationen hinzufügt werden.

Artikel 11 Absatz 2 Grundgesetz (Freizügigkeit) normiert dagegen sog. Qualifikationen, die ein *dieses* Grundrecht einschränkendes Gesetz erfüllen muß: „Dieses Recht darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes **und nur für die Fälle** eingeschränkt werden, in denen eine ausreichende Lebensgrundlage nicht vorhanden ist und der Allgemeinheit daraus besondere Lasten entstehen würden oder in denen es zur Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes, zur Bekämpfung von Seuchengefahr, Naturkatastrophen oder besonders schweren Unglücksfällen, zum Schutze der Jugend vor Verwahrlosung oder um strafbaren Handlungen vorzubeugen, erforderlich ist.“ (Aus der – von mir hervorgehobenen – Formulierung „*und nur* für die Fälle“ [statt: „*oder* in den Fällen, …“ oder „und *außerdem* in den Fällen, …“] ergibt sich, daß *beides* gegeben sein muß:

- „durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes“
  und
- einer der im folgenden genannten Fälle.)

Bedachtet werden sollte aber auch: Wenn z.B. Linkspartei und Grüne vorschlagen würden, in Artikel 8 Absatz 2 Grundgesetz (Versammlungsfreiheit) Qualifikationen hinzuzufügen, würden FDP, AfD und Union sicherlich vorschlagen, auch in Artikel 14 Absatz 1 Satz 2 Grundgesetz Qualifikationen hinzufügen und das Recht der Parlamente, „Inhalt und Schranken“ des Eigentums durch Gesetz zu bestimmen, zu begrenzen.

Falls überhaupt Hoffnungen in die bestehenden Staatsapparate investiert werden sollten, sollten sie dann eher in die Justiz oder eher in die

26 Der Gesetzesvorbehalt (in Bezug auf die Versammlungen unter freiem Himmel) in Artikel 123 Absatz 2 der Weimarer Reichsverfassung war dagegen *deutlich weniger* weitreichend – nämlich darauf beschränkt, Versammlungen „durch Reichsgesetz anmeldepflichtig“ zu machen; außerdem konnten Versammlungen – von Verfassungs wegen – „bei unmittelbarer Gefahr für die öffentliche Sicherheit verboten werden“. Die Norm lautete: „Versammlungen unter freiem Himmel können durch Reichsgesetz anmeldepflichtig gemacht und bei unmittelbarer Gefahr für die öffentliche Sicherheit verboten werden.“

Parlamente investiert werden? Sollte emanzipatorische Politik eher auf politische Diskussion und Entscheidung (einschließlich etwaiger Rechts*änderungen*) oder auf juristische Deduktion aus dem *bestehenden* Recht setzen?

Ingeborg Maus (1986, 279) vertrat dazu folgende Auffassung: „Trotz der fast durchgängigen Unbekanntheit des geltenden Rechts in der Öffentlichkeit kann bei brisanten Rechtsänderungen während des laufenden Gesetzgebungsverfahrens so viel Aufmerksamkeit für die Austragung öffentlicher Kontroversen erzeugt werden, daß trotz der Selektivität politischer Wahlmechanismen eine rudimentäre demokratische Kontrolle der Rechtsetzung noch erhalten bleibt.“[27]

Dies ist bei einem juristischen ExpertInnendiskurs *noch weniger* der Fall als bei einer politischen Parlamentsdiskussion.

Literatur:

Deiseroth 1998: Dieter Deiseroth, *Das BVerfGE in der gesellschaftlichen Auseinandersetzung*, in: *Betrifft JUSTIZ* Nr. 54, Juni 1998, 248 - 252 (250).

Maus 1986: Ingeborg Maus, *Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen*, in: dies., *Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus*, Fink: München, 1986 (urn:nbn:de:bvb:12-bsb00040886-9), 277 - 323 (der Aufsatz ist außerdem veröffentlicht in: Gerhard Göhler [Hg.], *Grundfragen der Theorie politischer Institutionen*, Westdeutscher Verlag: Opladen, 1987, 132 - 172).

Ridder 1975: Helmut Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Westdeutscher Verlag: Opladen, 1975 (DOI: 10.1007/978-3-322-84231-2).

Ridder 1977: ders. *Der Grundrechtsschutz des Eigentums, seine Grenzen und Beschränkungen im öffentlichen Interesse*, in: Hans Spanner / Peter Pernthaler / Helmut Ridder, *Der Grundrechtsschutz des Eigentums*. Seine Grenzen und Beschränkungen im öffentlichen Interesse, Müller: Heidelberg / Karlsruhe, 1977, 39 - 58.

Ridder 1979: ders., *„Das Menschenbild des Grundgesetzes“*. Zur Staatsreligion der Bundesrepublik Deutschland, in: *Demokratie und Recht* 1979, 123 - 134.

Ridder 2001: ders., [Kommentierung zu] *Art. 9 Abs. 2*, in: Erhard Denninger et al., *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik*, Luchterhand: Neuwied/Kriftel, 2001[3] [Grundwerk; Loseblattsammlung ohne durchgehende Paginierung].

Schulze 2006: Detlef Georgia Schulze, *Der Rechtsstaat in Deutschland und Spanien. Überlegungen zum Forschungsstand*, FU Berlin, 2006 (DOI: 10.17169/refubium-23151).

Schulze 2019: der/dies., *Der zensierende Staat ist ein Monster*, 2019.

---

27 Maus setzte auf derselben Seite wie folgt fort: Selbst „dieses Minimum demokratischer Legitimation des Staatshandelns über demokratische Kontrolle des Gesetzgebers“ laufe ins Leere, „wenn das Recht eine Struktur annimmt, die die Staatsapparate immer weniger bindet“ (z.B. dadurch, daß die Gesetzgebungsorgane selbst vage Formeln wie „verhältnismäßig“ in die Gesetze schreiben oder Gerichte sie gar *eigenmächtig* ihrer Rechtsprechung zugrundelegen, so sei Maus beispielhaft konkretisiert). „Die Folgenlosigkeit demokratischer Willensbildungsprozesse“, so weiter Maus, „ist wesentlich abgesichert durch die Entformalisierung des Rechts.“